

# VU Research Portal

## Wijzigen van van overheidscontracten die door middel van een gereguleerde aanbestedingsprocedure tot stand zijn gekomen

Jansen, C.E.C.

### ***published in***

Contracteren: tijdschrift voor de contractspraktijk  
2012

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Jansen, C. E. C. (2012). Wijzigen van van overheidscontracten die door middel van een gereguleerde aanbestedingsprocedure tot stand zijn gekomen. *Contracteren: tijdschrift voor de contractspraktijk*, 2012(2), 49-63.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Artikel

## Wijzigen van overheidscontracten die door middel van een gereguleerde aanbestedingsprocedure tot stand komen

Prof. mr. C.E.C. Jansen\*

Het aanbestedingsrecht beperkt de contractsvrijheid van de overheid. Die beperking strekt zich onder andere ook uit ten aanzien van haar bevoegdheid om een overeenkomst die in het kader van een aanbestedingsprocedure wordt aangegaan, tussentijds te wijzigen. Gegeven de doelstellingen die ten grondslag liggen aan de op dit moment geldende aanbestedingsregulering, beoogt dit artikel aan de hand van een analyse van een vijftal gevaltypen de vraag te beantwoorden op welke wijze en in hoeverre die regulering de hiervoor bedoelde wijzigingsbevoegdheid aan banden legt.

### 1. Vraagstelling en opzet

Wanneer (semi)overheden overeenkomsten wensen te sluiten met betrekking tot de inkoop van goederen, diensten of werken, zijn zij onder omstandigheden verplicht die overeenkomsten in concurrentie aan te beste-

den met inachtneming van aanbestedingsregulering.<sup>1</sup> Wat er dan in de regel gebeurt, is dat een overheidsaanbesteder door middel van een algemene bekendmaking ondernemingen uitnodigt om deel te nemen aan een competitie: een aanbestedingsprocedure. De inzet van die procedure is om op basis van een vergelijking van de aan de procedure deelnemende ondernemingen en hun offertes te bepalen wie van hen als beste uit de bus komt.

1. Deze verplichting vloeit voor de meeste gevallen voort uit hetzij het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) van 16 juli 2005, Stb. 2005, 408, hetzij het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass) van 16 juli 2005, Stb. 2005, 409. Deze algemene maatregelen zijn gebaseerd op de (raam)wet tot uitvoering van EEG-maatregelen inzake het plaatsen van opdrachten voor de levering van producten, de uitvoering van werken en de verrichting van diensten van 31 maart 1993, waarmee de implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen in onze nationale rechtsorde is geëffectueerd: Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, PbEU 2004, L 134/114, en Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, PbEU 2004, L 134/1. Het hiervoor geschetste reguleringskader wordt binnen afzienbare termijn gewijzigd. Op 14 februari 2012 stemde de Tweede Kamer in met het wetsvoorstel Aanbestedingswet, waarmee een hernieuwde, toegankelijke implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen wordt beoogd ter bevordering van de uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid en naleving van het aanbestedingsrecht, zie Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 3. Men kan zich overigens afvragen of dit wetsvoorstel niet nu al is verouderd, gelet op de op 20 december 2011 door de Europese Commissie gelanceerde voorstellen voor een grondige herziening van de Europese aanbestedingsrichtlijnen, zie COM(2011) 896 t/m 897. Aldus ook A.G.J. van Wassenae, Aanbestedingswet bijzetten in archief, TBR 2012/41, p. 214-215 en A.C.M. Fischer-Braams, De schildpad en de haas: de Nederlandse Aanbestedingswet ingehaald door de wijzigingsvoorstellen van de Europese Commissie?, TA 2012, p. 3-6.

\* Prof. mr. C.E.C. Jansen is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, hoogleraar privaatrechtelijk bouwrecht aan de Universiteit van Tilburg en raadsheer-plaatsvervanger in het Hof 's-Hertogenbosch. De auteur dankt mw. mr. A.T.M. van den Borne voor haar opmerkingen bij een conceptversie van dit artikel. Het artikel is afgesloten op 11 april 2012.

Bij het inrichten en afwickelen van een aanbestedingsprocedure wordt de contracteervrijheid van overheidsaanbesteders door de hiervoor bedoelde regulering beperkt. Deze regulering concretiseert de algemene regel waarmee de aanbestedingsrechtelijke kernverplichting van overheidsaanbesteders tot uitdrukking wordt gebracht: de verplichting om alle ondernemingen die aan een procedure deelnemen dezelfde gelijke kans te bieden op het verwerven van de aanbestede overeenkomst. In het verlengde daarvan ligt de verplichting van overheidsaanbesteders om in het kader van die procedure ook overigens transparantie in hun handelen te betrachten.<sup>2</sup>

Dat het aanbestedingsrecht de contracteervrijheid van overheidsaanbesteders beperkt, doet zich onder andere ook gevoelen ten aanzien van hun bevoegdheid om een overeenkomst die in de context van een aanbestedingsprocedure wordt aangegaan, tussentijds te wijzigen. In deze bijdrage wil ik de vraag beantwoorden op welke wijze en in hoeverre de thans geldende aanbestedingsregulering die wijzigingsbevoegdheid aan banden legt.<sup>3</sup> Ik zal dat doen door eerst een feitelijk en normatief kader voor de beantwoording van de vraagstelling te geven (par. 2). Daarbij zal ik dan kort de achterliggende doelstellingen van de regulering uiteenzetten (par. 2.1), een globale schets geven van het typische verloop van een gereguleerde aanbestedingsprocedure (par. 2.2), de belangrijkste aanbestedingsrechtelijke rechtshandelingen die partijen tijdens die procedure verrichten verbin-tenisrechtelijk kwalificeren (par. 2.3), en tot slot – gegeven het voorafgaande kader – een aanzet geven voor een aantal gevaltypen waarbinnen de wijziging van een aanbestede overeenkomst aanbestedingsrechtelijk kan worden geproblematiseerd (par. 2.4). In de daaropvolgende analyse van die gevaltypen zal ik die problematisering verder uitwerken (par. 3). Ik sluit af met een conclusie (par. 4).

## 2. Kader voor de beantwoording van de vraagstelling

### 2.1 Gereguleerde overheidsaanbestedingen: doel en middel

Een belangrijke doelstelling van de Europese Unie (EU) betreft het tot stand brengen van een interne markt zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd.<sup>4</sup> Deze doelstelling strekt zich ook uit tot de markt van

overheidscontracten.<sup>5</sup> Teneinde die doelstelling te verwezenlijken dienen overheidscontracten in de lidstaten te worden gesloten met inachtneming van beginselen die zijn afgeleid van de voornoemde vrijheden: gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.<sup>6</sup> Deze beginselen komen er kort gezegd op neer dat alle ondernemers binnen de EU dezelfde gelijke kans dienen te krijgen met betrekking tot het verwerven van overheidscontracten. Voor overheidscontracten boven een bepaalde waarde zijn deze beginselen bovendien nader uitgewerkt in gedetailleerde bepalingen in Europese aanbestedingsrichtlijnen ‘om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen’.<sup>7</sup> Aan de hand van die bepalingen kan antwoord worden gegeven op tal van belangrijke vragen die kunnen rijzen, telkens wanneer een (semi)overheid voornemens is een overeenkomst met betrekking tot de inkoop van goederen, diensten of werken aan te gaan. Ik beperk mij hierna – en ook in het verdere vervolg van dit artikel – tot de vragen die kunnen worden gesteld vanuit het perspectief van de voor de praktijk meest relevante richtlijn – Richtlijn 2004/18/EG – die is geïmplementeerd in het Bao.<sup>8</sup>

Het gaat dan in de kern om de volgende vragen: (1) kwalificeert de (semi)overheid in kwestie als een ‘aanbestedende dienst’;<sup>9</sup> (2) kwalificeert de beoogde overeenkomst als een ‘overheidsopdracht’;<sup>10</sup> (3) heeft de overeenkomst een geschatte waarde die gelijk is aan of groter is dan het in de richtlijn voorziene relevante drempelbedrag;<sup>11</sup> (4) in het geval de voorgaande vragen bevestigend kunnen worden beantwoord, mag de aanbestedende dienst eventueel afzien van een aanbestedingsprocedure omdat hij een beroep zou kunnen doen op een uitzonderingsgrond;<sup>12</sup> (5) in het geval de aanbestedende dienst de overeenkomst in concurrentie zal moeten aanbesteden, welke procedure mag hij daarvoor dan gebruiken;<sup>13</sup> en (6) welke beslissingen mag en/of moet de aanbestedende dienst nemen in het kader van de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van de aanbestedingsprocedure, in het bijzonder voor wat betreft de formulering en toepassing van de bestekseisen en overige contractvoorwaarden,<sup>14</sup> uitsluitingsgronden, kwalitatieve geschiktheidseisen en nadere selectiecriteria,<sup>15</sup>

2. Vergelijk art. 2 Bao.

3. Daarbij zal ik overigens ook ingaan op art. 72 van het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten van 20 december 2011, zie COM(2011) 896. Zie daarover recentelijk ook J.M. Hebly & P. Heijnsbroek, *Wezenlijke wijzigingen na Europese aanbesteding*, NtEr 2012, p. 94-106.

4. Art. 3 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) jo. art. 26 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

5. Zie considerans 2 van Richtlijn 2004/18/EG: ‘Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, (...)’.

6. Considerans 2 van Richtlijn/2004/18/EG.

7. Zie vorige noot.

8. Zie noot 1.

9. Art. 1 sub r Bao.

10. Art. 1 sub k Bao.

11. Art. 7 Bao.

12. Art. 10-18 Bao.

13. Art. 28-34 Bao.

14. Art. 23-27 Bao. Zie hierna ook par. 2.2.

15. Art. 44-53 Bao.

gunningscriteria,<sup>16</sup> de bekendmaking van de procedure<sup>17</sup> en het stellen van termijnen.<sup>18</sup> Kort gezegd: de bepalen van de richtlijn reguleren hoe overheidsaanbesteders te werk moeten gaan – wanneer zij het voornemen hebben een overeenkomst met een onderneming te sluiten – teneinde te bewerkstelligen dat binnen de EU een interne markt van overheidscontracten tot stand wordt gebracht: alle beslissingen die zij in dat kader nemen, moeten worden genomen met inachtneming van het discriminatieverbod en de beginselen van gelijke behandeling, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.

## 2.2 Het typische verloop van een gereguleerde aanbestedingsprocedure<sup>19</sup>

Het hiervoor geschetste normatieve kader is in de eerste plaats gebaseerd op de veronderstelling dat overheidsaanbesteders – zou nadere regulering van de markt van overheidscontracten ontbreken – overeenkomsten met (nationale) ondernemingen sluiten zonder daarbij een methode van concurrentiestelling toe te passen die ook ondernemingen uit andere lidstaten een kans biedt op het verwerven van die overeenkomsten. In de tweede plaats ligt aan dat normatieve kader een bepaalde vooronderstelling ten grondslag voor wat betreft het feitelijke verloop van een aanbestedingsprocedure. Omdat inzicht in die feitelijke context behulpzaam kan zijn bij de analyse van de gevaltypen (par. 3), volgt hierna een korte schets van het typisch verloop van een aanbestedingsprocedure.

Voordat een aanbesteder een aanbestedingsprocedure start, zal hij het resultaat omschrijven dat hij beoogt te bereiken met de overeenkomst die de inzet van de procedure vormt: *mat* moet zijn toekomstige contractuele wederpartij leveren en – eventueel – *hoe* moet dat gebeuren? De aanbesteder omschrijft dat resultaat in ieder geval op hoofdlijnen in (functionele) termen van kwaliteit, kosten en tijd. Dikwijls werkt hij die hoofdlijnen vervolgens uit in een ‘bestek’ aan de hand van gedetailleerde technische eisen.<sup>20</sup> Deze technische bestekseisen vormen in een later stadium – samen met de eveneens door de aanbesteder gedicteerde juridisch-administratieve contractvoorwaarden – de basis voor de ‘inschrijvingen’ van de ondernemingen die aan de aanbestedingsprocedure deelnemen. In zo’n inschrijving geeft een onderneming aan hoe zij voornemens is het door de aanbesteder in het bestek omschreven resultaat te leveren en wat de tegenprestatie is – veelal een bedrag in geld – die zij daarvoor in rekening zal brengen. De onderneming die aan het einde van de procedure als

beste uit de bus komt, moet de met haar gesloten overeenkomst vervolgens uitvoeren met inachtneming van de door de aanbesteder gestelde bestekseisen en contractvoorwaarden én conform haar eigen inschrijving. Naast het bepalen van de bestekseisen en de contractvoorwaarden moet de aanbesteder zich ook afvragen wat de kerncompetenties (zouden) moeten zijn waarover zijn toekomstige contractspartij dient te beschikken met het oog op de uitvoering van de overeenkomst. De uitkomst van die analyse moet hij vervolgens vertalen in ‘kwalitatieve geschiktheidseisen’ die hij later in de procedure samen met de zogenoemde ‘uitsluitingsgronden’ gebruikt bij de kwalitatieve beoordeling en de selectie van ondernemingen die blijken geven van hun belangstelling voor de overeenkomst. Ook zal de aanbesteder moeten aangeven welk ‘gunningscriterium’ hij straks zal hanteren om te bepalen welke inschrijving hij het best acht. Op grond van de aanbestedingsregulering heeft de aanbesteder in dat verband de mogelijkheid te opteren voor hetzij het criterium van de laagste prijs, hetzij het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. Kiest hij voor het laatste criterium, dan zal hij zich bij de keuze en formulering van de nadere subcriteria moeten laten leiden door de aard en de inhoud van de eerdergenoemde bestekseisen.

Wanneer de bestekseisen, contractvoorwaarden, kwalitatieve geschiktheidseisen, uitsluitingsgronden en het gunningscriterium zijn vastgesteld, maakt de aanbesteder zijn voornemen tot aanbesteding van de beoogde overeenkomst bekend door middel van een algemene aankondiging. Daarmee wordt het startsein gegeven voor de aanbestedingsprocedure. De aanbestedingsregulering voorziet in verschillende procedures, waarvan de openbare en de niet-openbare procedure – ook wel aangeduid als de aanbesteding met voorafgaande selectie – in de praktijk het meest relevant zijn.<sup>21</sup> Bij die laatste procedure melden ondernemingen die interesse hebben in de overeenkomst zich eerst aan als ‘gegadigden’. Na ontvangst van die meldingen beoordeelt de aanbesteder welke gegadigden in aanmerking komen om te worden uitgenodigd voor het doen van een inschrijving. Hij doet dat door na te gaan of gegadigden eventueel moeten worden uitgesloten op basis van een uitsluitingsgrond en of zij ook overigens geschikt zijn in de zin dat zij voldoen aan de kwalitatieve geschiktheidseisen. Als er meer geschikte gegadigden zijn dan de aanbesteder zou willen uitnodigen tot het doen van een inschrijving, kan hij op basis van eveneens vooraf bekendgemaakte nadere selectiecriteria het aantal uit te nodigen gegadigden beperken.<sup>22</sup> Vervolgens nodigt de aanbesteder de geschikte (en zo nodig nader geselecteerde) gegadigden – die daardoor de status verkrijgen van ‘inschrijver’ –

16. Art. 54-56 Bao.

17. Art. 35-37 Bao.

18. Art. 38-39 Bao.

19. Zie voor een meer uitvoerige analyse voor wat betreft aanbestedingsprocedures in de bouw: C.E.C. Jansen/Regieraad Bouw, Leidraad Aanbesteden Bouwopdrachten 2009, Ede: CROW 2009.

20. Daarbij kan het dan niet alleen gaan om de kwaliteit van het te bereiken eindresultaat – de levering van een product, een dienst of een werk (het ‘wat’) – maar ook om de kwalitatieve aspecten die verband houden met het proces van contractuitvoering dat tot dat resultaat moet leiden (het ‘hoe’).

21. Een aanbestedingsplichtige overheidsaanbesteder kan slechts uit deze twee procedures kiezen, zie art. 28 lid 1 Bao. Slechts in uitzonderingsgevallen mag de procedure van de concurrentiegerichtte dialoog dan wel een van de onderhandelingsprocedures worden toegepast, zie art. 28 lid 2 en lid 3 Bao.

22. Tot en met deze fase van de procedure lopen de onderhandelingsprocedures en de procedure van de concurrentiegerichtte dialoog parallel aan de niet-openbare procedure.

uit tot het doen van een inschrijving op basis van de bestekseisen en de contractvoorwaarden.<sup>23</sup> Na ontvangst van de inschrijvingen volgt een tweede beoordelingsronde. Daarin gaat de aanbesteder na of die inschrijvingen in overeenstemming zijn met de bestekseisen en of zij geen afwijkingen van de gestelde contractvoorwaarden behelzen.<sup>24</sup> Ten slotte stelt de aanbesteder vast welke van de inschrijvingen op grond van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus komt. In de regel zal de aanbesteder de overeenkomst vervolgens aan deze inschrijver gunnen.<sup>25</sup> Het verschil tussen de zojuist beschreven niet-openbare procedure en de openbare procedure is dat bij de laatste procedure de in de overeenkomst geïnteresseerde ondernemingen meteen na de algemene aankondiging van de procedure hun inschrijvingen op basis van het bestek en de contractvoorwaarden kunnen indienen. Na ontvangst daarvan zal de aanbesteder vervolgens in één beslissingsronde beoordelen (1) of die inschrijvers – want dat zijn het dan – van verdere deelname aan de procedure moeten worden uitgesloten op basis van een uitsluitingsgrond of een kwalitatieve geschiktheidseis en (2) welke geschikte inschrijver gelet op diens inschrijving voor gunning van de overeenkomst in aanmerking komt.

### 2.3 De afwikkeling van een aanbestedingsprocedure verbintenisrechtelijk verklaard

Wanneer een aanbesteder kiest voor toepassing van de openbare procedure, kan de algemene aankondiging van die procedure verbintenisrechtelijk worden gekwalificeerd als een uitnodiging tot het doen van een aanbod gericht op de beoogde totstandkoming van de overeenkomst die de inzet van de aanbestedingsprocedure vormt. Bij de niet-openbare procedure vindt die uitnodiging tot het doen van een aanbod pas plaats nadat de

aanbesteder op basis van de uitsluitingsgronden en kwalitatieve geschiktheidseisen heeft vastgesteld welke gegadigden voor zo'n uitnodiging in aanmerking komen.<sup>26</sup> Voor beide procedures geldt vervolgens dat de inschrijving van iedere aan de procedure deelnemende marktpartij kan worden gekwalificeerd als een aanbod. De wilsverklaring van de aanbesteder om de overeenkomst aan een van de inschrijvers te gunnen kan verbintenisrechtelijk worden gezien als de aanvaarding van zo'n aanbod op basis waarvan die overeenkomst tot stand komt.<sup>27</sup> Op deze laatste hoofdregel geldt echter een belangrijke uitzondering voor het geval dat de aanbestedingsprocedure plaatsvindt onder vigeur van de aanbestedingsregulering. In artikel 55 leden 1 en 2 Bao is namelijk bepaald dat:

- ‘1. De mededeling van een aanbestedende dienst van een gunningsbeslissing houdt geen aanvaarding in, als bedoeld in artikel 6:217, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, van een aanbod van een ondernemer.
2. Een aanbestedende dienst sluit niet eerder een raamovereenkomst en gunt niet eerder een overheidsopdracht op basis van een gunningsbeslissing dan nadat een termijn van 15 dagen na verzending van de mededeling van de gunningsbeslissing is verstreken.’<sup>28</sup>

Deze bepalingen doorkruisen de hiervoor genoemde verbintenisrechtelijke hoofdregel dat de aanbestede overeenkomst tot stand komt zodra de mededeling van de beslissing tot gunning de ‘winnende’ inschrijver heeft bereikt. De ratio van deze bepalingen kan worden gevonden in het belang van de effectieve rechtsbescherming van inschrijvers die deelnemen aan een gereguleerde aanbestedingsprocedure. De aanbesteder is in dat geval namelijk verplicht dat belang te dienen door het in acht nemen van de zogenoemde Alcatel-termijn. Deze uit het Alcatel-arrest<sup>29</sup> afkomstige termijn is gecodificeerd

23. Hier wijkt de procedure van de concurrentiegerichtte dialoog af van de niet-openbare procedure en de onderhandelingsprocedures. Voorafgaande aan de procedure van de concurrentiegerichtte dialoog maakt de aanbesteder geen bestek – daartoe is hij namelijk gelet op de complexiteit van de beoogde overeenkomst nog niet in staat – maar volstaat hij met het maken van een ‘beschrijvend document’ waarin hij globaal aangeeft wat zijn behoeften zijn. Nadat is vastgesteld welke gegadigden voldoen aan de kwalitatieve geschiktheidseisen, wordt elk van die gegadigden uitgenodigd om deel te nemen aan een bilaterale dialoog met de aanbesteder. Die dialoog vindt plaats op basis van het beschrijvend document en heeft tot doel na te gaan welke van de oplossingen die bij de gegadigden voorhanden zijn het meest geschikt zouden zijn om in de behoeften van de aanbesteder te voorzien. Nadat de dialoogfase is afgesloten, stelt de aanbesteder definitief de bestekseisen vast en nodigt hij de gegadigden uit tot het doen van een inschrijving. Vanaf dat moment loopt de procedure weer gelijk met de niet-openbare procedure.

24. In afwijking van de niet-openbare procedure en de procedure van de concurrentiegerichtte dialoog nodigt de aanbesteder bij de onderhandelingsprocedures de inschrijvers vervolgens uit tot het voeren van bilaterale onderhandelingen over hun inschrijvingen. Het doel van die onderhandelingen is met iedere afzonderlijke inschrijver de inhoud van de contractuele voorwaarden nader vast te stellen.

25. De aanbesteder kan er vervolgens voor kiezen de aanbestede overeenkomst aan deze inschrijver te ‘gunnen’, maar hij kan er ook voor kiezen alsnog van de overeenkomst af te zien. Zie hierover meer uitvoerig C.E.C. Jansen, De aanbestedingsovereenkomst. Aanbesteden in verbintenisrechtelijk perspectief, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Den Haag: Sdu 2009, p. 87 e.v.

26. De vraag rijst hoe de daaraan voorafgaande algemene aankondiging van de niet-openbare procedure en de aanmelding als gegadigde verbintenisrechtelijk moeten worden gekwalificeerd. Zelf ben ik van mening dat wanneer een aanbesteder kenbaar maakt dat hij een overeenkomst door middel van een aanbestedingsprocedure wil vergeven, die bekendmaking kan worden beschouwd als een juridisch aanbod gericht op het sluiten van een (aanbestedings)procedureovereenkomst. Een marktpartij die vervolgens te kennen geeft aan de procedure te willen deelnemen, door zich aan te melden als gegadigde, aanvaardt daarmee het door de aanbesteder gedane aanbod waarmee de procedureovereenkomst tot stand komt. Deze benadering kan ook worden gevolgd wanneer de aanbesteder kiest voor toepassing van de openbare procedure. In dat geval heeft de algemene aankondiging van de procedure overigens een tweeledig karakter: enerzijds is zij een aanbod tot het aangaan van een procedureovereenkomst, anderzijds een uitnodiging tot het doen van een aanbod met het oog op het sluiten van de overeenkomst die de inzet van de aanbestedingsprocedure vormt. Zie Jansen 2009, p. 40-41.

27. Art. 6:217 BW.

28. Zie ook art. 57 leden 1 en 2 Bass.

29. HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98 (Alcatel), Jurispr. 1999, p. I-7671 en NJ 2000, 528. Zie vooral r.o. 43 van het arrest.



ceerd in de gewijzigde Rechtsbeschermingsrichtlijn.<sup>30</sup> Met de hiervoor weergegeven bepalingen uit het Bao heeft onze wetgever geprobeerd de aan het Alcatel-arrest ontleende regels in het nationale recht te implementeren.<sup>31</sup>

#### 2.4 Problematisering: aanzet tot enkele gevaltypen

Op basis van het in de voorgaande paragrafen geschetste kader is het mogelijk een aantal gevaltypen te identificeren waarbinnen het al dan niet wijzigen van een aanbestede overeenkomst kan worden geproblematiseerd. Alvorens dat te doen, is het zinvol om eerst duidelijk te maken wat in dit verband nu precies onder het ‘wijzigen van een overeenkomst’ moet worden verstaan.

Met het wijzigen van een overeenkomst wordt hier bedoeld: het aanpassen van de aard en/of omvang van de contractuele verplichtingen, aanspraken en risico's die voor de (beoogde) contractuele wederpartij van de aanbestedder voortvloeien uit de (beoogde) overeenkomst. Deze worden zowel bepaald door de bestekseisen en juridisch-administratieve contractvoorwaarden van de aanbestedder als door het daarop aansluitende aanbod van de winnende inschrijver. Een wijziging van de overeenkomst kan daarmee zowel betrekking hebben op de inhoud van de bestekseisen en de contractvoorwaarden als op de inhoud van dat aanbod. Zo'n wijziging zou bijvoorbeeld kunnen worden geïnitieerd *tijdens* het verloop van de aanbestedingsprocedure, hetzij omdat de aanbestedder op basis van voortschrijdend inzicht zijn bestekseisen wenst aan te passen, hetzij omdat hij niet tevreden is over de inhoud van het aanbod dat als beste uit de bus is gekomen en hij met de winnende inschrijver tot overeenstemming weet te komen over een aanpassing van dat aanbod. Ook de inschrijver zelf zou het initiatief kunnen nemen tot overleg met de aanbestedder, wat vervolgens in zo'n aanpassing resulteert. Een andere mogelijkheid is dat de aanbestedder besluit tot het wijzigen van de bestekseisen en de contractvoorwaarden *na* afloop van een door hem afgebroken aanbestedingsprocedure. Dat geval doet zich voor wanneer de procedure een voor de aanbestedder teleurstellende uitkomst heeft opgeleverd en hij niet tot gunning aan een van de inschrijvers kan of wil overgaan, maar in plaats daarvan de overeenkomst opnieuw wenst aan te besteden. Wanneer de aanbestedder daarentegen wél tot gunning aan de winnende inschrijver overgaat, zou ook *nadat* de overeenkomst tot stand is gekomen het initiatief tot het wijzigen van de overeenkomst kunnen worden genomen, hetzij door de aanbestedder, op basis van een in de overeenkomst voor-

ziene bevoegdheid daartoe, hetzij door partijen gezamenlijk, door een nadere overeenkomst te sluiten.

Waarom kunnen de hiervoor genoemde gevallen problematisch zijn in het licht van de met de aanbestedingsregulering beoogde doelstellingen? In de eerste plaats kan de wijziging van de *bestekseisen* als consequentie hebben dat een onderneming een recht tot levering van goederen, diensten of werken in de schoot geworpen krijgt, zonder dat voorafgaande mededinging ten aanzien van dat recht heeft plaatsgevonden. Ook wanneer mededinging op zichzelf genomen heeft plaatsgevonden, in de zin dat alle aan de aanbestedingsprocedure deelnemende ondernemingen dezelfde gelegenheid hebben gekregen op de *gewijzigde* bestekseisen te reflecteren, is denkbaar dat andere ondernemingen na de eerdere bekendmaking van de *oorspronkelijke* bestekseisen hebben besloten niet aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen. Mogelijk zouden zij dat laatste wel hebben gedaan wanneer de bestekseisen van meet af aan in hun *gewijzigde* vorm door de aanbestedder bekend zouden zijn gemaakt. Het voorgaande geldt mutatis mutandis voor de wijziging van de inhoud van *juridisch-administratieve contractvoorwaarden*, bijvoorbeeld ter zake van de verdeling van belangrijke contractrisico's. Ook het omgekeerde is denkbaar, namelijk dat wijziging van de bestekseisen of de contractvoorwaarden een aantal van de aan de aanbestedingsprocedure deelnemende ondernemingen juist doet besluiten om van verdere deelname af te zien, met als mogelijk gevolg dat onvoldoende mededinging plaatsvindt. Tot slot is nog denkbaar dat de mededinging tussen de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure onderling wordt verstoord doordat één of meer ondernemingen wel in de gelegenheid worden gesteld om te reflecteren op de gewijzigde bestekseisen of contractvoorwaarden, terwijl andere ondernemingen die gelegenheid niet wordt geboden. Een variant op dit gevaltype doet zich voor wanneer één of meer ondernemingen hun *inschrijvingen* mogen aanpassen terwijl andere ondernemingen die gelegenheid niet krijgen.

### 3. Analyse van gevaltypen

#### 3.1 Het Presstext-arrest<sup>32</sup>

De huidige Europese aanbestedingsrichtlijnen geven geen rechtstreeks antwoord op de vraag of en in hoeverre de wijziging van een aanbestede overeenkomst in de hiervoor bedoelde gevaltypen kan worden geproblematiseerd.<sup>33</sup> Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft die vraag ten dele echter beantwoord in onder andere het Presstext-arrest door aansluiting te

30. Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, PbEU 2007, L 335 van 20 december 2007.

31. De wijze waarop dat is gebeurd, leidt mijns inziens echter zowel tot verbintenissenrechtelijke als aanbestedingsrechtelijke onduidelijkheden. Zie daarover Jansen 2009, p. 88 e.v., in het bijzonder met betrekking tot de vraag wat dan wel de verbintenissenrechtelijke gevolgen zijn van de mededeling van de gunningsbeslissing.

32. HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur GmbH/Oostenrijk), Jurispr. 2008, p. I-4401.

33. Aldus ook HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur GmbH/Oostenrijk), Jurispr. 2008, p. I-4401, r.o. 30. In de toekomst wordt dat anders, althans wanneer het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten van 20 december 2001 wordt aanvaard, zie COM(2011) 896. In art. 72 van dat voorstel is namelijk het hierna te bespreken Presstext-arrest gecodificeerd.

zoeken bij de met de richtlijnen beoogde doelstellingen en de daarvan afgeleide beginselen van aanbestedingsrecht (zie par. 2.1).<sup>34</sup> Daarbij bevestigde het HvJ EU een eerder gewezen arrest met het oordeel dat, met het oog op het garanderen van deze beginselen:

‘wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht [vormen] (...), wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst’.<sup>35</sup>

Vervolgens kwam het HvJ EU tot het oordeel dat de wijziging van een nog lopende overeenkomst inzake een overheidsopdracht kan worden aangemerkt als ‘wezenlijk’ wanneer zij:<sup>36</sup>

- ‘(i) voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen;<sup>37</sup>
- (ii) de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen;<sup>38</sup>
- (iii) het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld.’

Hoewel de aan het Pressetext-arrest ten grondslag liggende feiten en omstandigheden duidelijk zijn toegespitst op het specifieke gevaltype waarin de wijziging van een (aanbestede) overeenkomst plaatsvindt *nadat* die overeenkomst tot stand is gekomen,<sup>39</sup> worden de criteria uit dat arrest – en zoals hierna zal blijken, in het bijzonder het criterium sub (i) – in de jurisprudentie ook toe-

gepast bij de analyse van gevaltypen waarin een wijziging plaatsvindt *voordat* de overeenkomst tot stand is gekomen.

In paragraaf 2.2 is opgemerkt dat wanneer de aanbesteder de bestekseisen, contractvoorwaarden, kwalitatieve geschiktheidseisen, uitsluitingsgronden en het gunningscriterium heeft vastgesteld, hij zijn voornemen tot aanbesteding van de beoogde overeenkomst bekendmaakt door middel van een algemene aankondiging. Met die aankondiging start hij de aanbestedingsprocedure. Zodra de aanbesteder vervolgens ook de bestekseisen en de contractvoorwaarden bekend heeft gemaakt, wordt zijn bevoegdheid tot wijziging van die eisen en voorwaarden beperkter naarmate de procedure vordert. Deze stelling zal in de navolgende paragrafen worden toegelicht voor de in de praktijk meest relevante aanbestedingsprocedures: de openbare en de niet-openbare procedure.

### 3.2 Gevaltype (1): wijzigen van de bestekseisen of de contractvoorwaarden vóór de inschrijving

Voor alle gereguleerde aanbestedingsprocedures geldt dat in de algemene aankondiging een beschrijving op hoofdlijnen moet zijn opgenomen van de prestatie die de winnende inschrijver op grond van de aanbestede overeenkomst moet leveren.<sup>40</sup> Betreft de aankondiging een openbare procedure, dan zal die aankondiging tevens informatie moeten bevatten over de wijze waarop het bestek en de juridisch-administratieve contractvoorwaarden kunnen worden verkregen.<sup>41</sup> Gaat het daarentegen om een niet-openbare procedure, dan moet de aanbesteder het bestek en de contractvoorwaarden aan de geschikt bevonden gegadigden toesturen, samen met de uitnodiging tot het doen van een inschrijving, dan wel die gegadigden laten weten hoe zij deze stukken kunnen verkrijgen.<sup>42</sup> Het is vervolgens niet zo dat de aanbesteder die bekendgemaakte bestekseisen en contractvoorwaarden in het geheel niet meer zou mogen wijzigen tijdens de procedure. Het Hof Leeuwarden heeft dat in het kader van een aanbestedingsprocedure met betrekking tot een raamovereenkomst voor de levering en het onderhoud van WMO-hulpmiddelen als volgt tot uitdrukking gebracht:

‘Dat geen enkele wijziging nadat het bestek is gepubliceerd meer is toegestaan, volgt dan ook niet uit deze jurisprudentie [het hof doelt hier onder andere op het Pressetext-arrest; CJ]. Uit het arrest Presstext kan immers worden afgeleid dat niet wezenlijke

34. Zie noot 33, r.o. 31-32.

35. Zie noot 33, r.o. 34. Zie in deze zin HvJ 5 oktober 2000, zaak C-337/98 (Commissie/Frankrijk), Jurispr. p. I-8377, r.o. 44 en 46. Zie daarnaast eerder ook al HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99P (Commissie/CAS Succhi di Frutta), Jurispr. 2004, p. I-3801, r.o. 115 e.v. Zie voor een uitvoeriger overzicht Heblly & Heijnsbroek 2012, p. 98-101.

36. HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (Pressetext Nachrichtenagentur GmbH/Oostenrijk), Jurispr. 2008, p. I-4401, r.o. 35-37. Het gaat hier niet om cumulatieve voorwaarden.

37. Dit criterium is in een later arrest nog eens bevestigd in het kader van de wijziging van een na een aanbestedingsprocedure tot stand gekomen concessieovereenkomst, zie HvJ EG 13 april 2010, zaak C-91/08 (Wall), Jurispr. 2010, p. I-02815, r.o. 35-37.

38. ‘Deze laatste uitlegging’, aldus het Hof, ‘vindt bevestiging in artikel 11, lid 3, sub e en f, van richtlijn 92/50 [thans art. 31 lid 4 Richtlijn 2004/18/EG; CJ], dat voor overheidsopdrachten (...) [voor werken en diensten; CJ], beperkingen stelt aan de mogelijkheid voor de aanbestedende diensten om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure voor het plaatsen van diensten die een aanvulling vormen op de diensten waarop een oorspronkelijke overeenkomst betrekking had.’

39. Zie hierna par. 3.6.

40. Zie Bijlage 4 bij het Bao onder ‘Aankondiging van overheidsopdrachten’, sub 6. Het gaat dan om: (a) Overheidsopdrachten voor werken (‘aard, omvang en algemene kenmerken van de werken’); (b) Overheidsopdrachten voor leveringen (‘aard van de te leveren producten’); en (c) Overheidsopdrachten voor diensten (‘categorie waartoe de dienst behoort, en beschrijving’).

41. Zie Bijlage 4 bij het Bao onder ‘Aankondiging van overheidsopdrachten’, sub 11.

42. Zie art. 40 lid 2 t/m 4 Bao. Deze verplichtingen strekken zich ook uit tot de onderhandelingsprocedures en – voor wat betreft het zogenoemde ‘beschrijvend document’ – tot de procedure van de concurrentiegerichte dialoog.

wijzigingen ook na het sluiten van de overeenkomst zijn toegelaten. Het Europese Hof overweegt daar (r.o. 35) dat van wezenlijke wijzigingen sprake is wanneer voorwaarden worden ingevoerd die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen. Hoewel de mogelijkheden van een aanbestedende dienst om bij nota van inlichtingen wijzigingen in het bestek aan te brengen niet onbeperkt zijn, is er geen grond de grenzen enger te leggen dan ze in het Presstext arrest zijn gesteld.<sup>43</sup>

Dat er geen grond is het criterium van een wezenlijke wijziging *tijdens* de aanbestedingsprocedure strikter toe te passen dan in het geval een overeenkomst *na* de totstandkoming daarvan wordt gewijzigd,<sup>44</sup> laat overigens onverlet dat het criterium in het eerste geval noodzakelijkerwijs een andere invulling dient te krijgen. In dat geval is ‘de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure’ immers nog niet definitief afgerond, zodat de vraag tot welke ‘andere’ uitkomst die procedure zou hebben geleid, gesteld dat de wijziging al bij de bekendmaking in de bestekseisen of contractvoorwaarden zou zijn verdisconteerd, zinledig is. Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys merken in dit verband op:

‘In de fase voor de (eerste) inschrijving is het relevante criterium of de tussentijdse wijzigingen zodanig wezenlijk zijn dat de samenstelling van de kring van potentiële gegadigden daardoor mogelijk kan worden beïnvloed.’<sup>45</sup>

Zolang de uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen nog niet is verstreken<sup>46</sup> en de aanbestedder ook overigens alle gegadigden (bij de niet-openbare procedure) dan wel alle geïnteresseerde inschrijvers (bij de openbare procedure) tijdig – dus *voor* de inschrijving –

op de wijziging attendeert,<sup>47</sup> zal de wijziging binnen *die* kring aanbestedingsrechtelijk niet problematisch zijn.<sup>48</sup> Voor de niet-openbare procedure zou wellicht kunnen worden betoogd dat wanneer de aanbestedder in het kader van de beoordeling van de gegadigden op basis van de kwalitatieve geschiktheidseisen hun identiteit heeft kunnen vaststellen, het vervolgens wijzigen van de bestekseisen of contractvoorwaarden in feite als een oneigenlijk middel zou kunnen worden ingezet om een bepaalde geschikte gegadigde alsnog te ontmoedigen tot het doen van een inschrijving. Maar wanneer zich dat geval voordoet, zal moeten worden verondersteld dat sprake is van een *wezenlijke* wijziging in de zin dat de samenstelling van de kring van potentiële gegadigden daardoor wordt beïnvloed.<sup>49</sup> En dat houdt vervolgens in dat de aanbestedder de procedure niet meer zal kunnen voortzetten, maar dat hij de beoogde (gewijzigde) overeenkomst alleen nog in de markt kan zetten door een nieuwe aanbestedingsprocedure te starten.<sup>50</sup>

### 3.3 Gevaltype (2): wijzigen van de bestekseisen of de contractvoorwaarden na de inschrijving maar vóór de gunning

Is de uiterste datum voor de ontvangst van de inschrijvingen verstreken en zijn de inhoud van de inschrijvingen en de identiteit van de inschrijvers bekend, dan zal de aanbestedder de bestekseisen en de contractvoorwaarden niet meer – althans niet zonder een nieuwe aanbe-

43. Hof Leeuwarden 12 mei 2009, LJN BI5096, r.o. 19-20.

44. Het gaat hier dus om het hiervoor in par. 3.1 weergegeven criterium sub (i) uit het Presstext-arrest.

45. Aldus E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2009, p. 247. Dat betekent mijns inziens overigens niet dat een wijziging na de totstandkoming van de overeenkomst enkel en alleen zou moeten worden beoordeeld in het licht van een eventuele verstoring van de mededinging binnen de kring van gegadigden of inschrijvers die op de oorspronkelijke bestekseisen en contractvoorwaarden zijn afgekomen. Ook dan zal de vraag aan de orde kunnen komen of de samenstelling van die kring anders zou zijn geweest wanneer de wijziging van meet af aan in de bestekseisen en contractvoorwaarden zou zijn verdisconteerd. Dat ligt impliciet ook besloten in de in par. 3.1 weergegeven criteria sub (1) en (2) uit het Presstext-arrest. Vergelijk ook Vزر. Rb. Haarlem 30 maart 2009, LJN BH9057, r.o. 4.8. Zie hierna ook par. 3.6.

46. Voor wat betreft de openbare procedure moet die datum eveneens in de aankondiging worden vermeld, zie Bijlage 4 bij het Bao onder ‘Aankondiging van overheidsopdrachten’, sub 12a. Voor wat betreft de niet-openbare procedure moet die datum worden vermeld in de uitnodiging tot het doen van een inschrijving, zie art. 40 lid 7 sub b Bao.

47. Dat is dus wel een belangrijke randvoorwaarde die moet zijn vervuld, zie ook Hof Leeuwarden 12 mei 2009, LJN BI5096, r.o. 19. Aan de niet-openbare procedure is inherent dat de aanbestedder met het oog op deze attenderingsplicht de gegadigden die zich hebben aangemeld eenvoudig zal kunnen identificeren. Bij de openbare procedure zal hij dat ook kunnen, vooropgesteld dat de geïnteresseerde inschrijvers zich bij de aanbestedder hebben moeten melden om toegang te krijgen tot het bestek en de contractvoorwaarden. Of hij dat ook zal kunnen wanneer hij de geïnteresseerde inschrijvers langs elektronische weg vrije, rechtstreekse en volledige toegang heeft geboden tot die stukken, is echter de vraag. Zie in dit verband art. 39 lid 1 jo. art. 38 lid 6 Bao.

48. Aldus ook Vزر. Rb. Den Haag 29 november 2006, LJN AZ5047, r.o. 3.1. Afhankelijk van de aard, omvang en complexiteit van de wijziging is de aanbestedder mijns inziens verplicht de oorspronkelijk gestelde inschrijvingstermijn (uit zichzelf) te verlengen. Deze verplichting zou kunnen worden afgeleid uit art. 38 lid 1 jo. lid 10 Bao. In de voornoemde zaak legt de voorzieningenrechter de verantwoordelijkheid (om zelf om zo’n verlenging te vragen) mijns inziens ten onrechte bij de inschrijvers, zie r.o. 3.8.

49. Aan dat laatste criterium was overigens niet voldaan in Hof Leeuwarden 12 mei 2009, LJN BI5096, zie r.o. 20: ‘Het hof oordeelt de wijzigingen in kwestie (...) niet als wezenlijk in vorenbedoelde zin, nu niet valt in te zien dat andere inschrijvers belangstelling voor de opdracht hadden getoond als zij hadden geweten dat de criteria onderhoudskosten, douchekrukjes en verstelbaarheid, armleuningen, scootmobielen niet gehandhaafd zouden worden.’ In de uitspraak Vزر. Rb. Den Haag 29 november 2006, LJN AZ5047, r.o. 3.2, lijkt de voorzieningenrechter dit criterium niet goed toe te passen: ‘Böwe [die tot de kring van de geïnteresseerde inschrijvers behoorde die het bestek hadden opgevraagd; CJ] heeft ter zitting aangegeven dat zij (...) op zichzelf geen probleem had en heeft met de wijziging van de termijn van levering en vervanging van de couverteermachines (...). Dit alleen al leidt ertoe dat deze wijziging ten opzichte van het oorspronkelijke bestek op zichzelf niet kan worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging in de hiervoor gestelde zin.’

50. Vergelijk ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 246-247.



stedingsprocedure aan te kondigen – kunnen wijzigen.<sup>51</sup> Dat verbod geldt zowel in het geval hij alle inschrijvers eenzelfde kans geeft om in een ‘tweede ronde’ opnieuw in te schrijven op het gewijzigde bestek, als in het geval hij die gelegenheid alleen biedt aan de inschrijver wiens (eerste) inschrijving als beste uit de bus is gekomen. De in het eerste geval geschetste gang van zaken is onverenigbaar met de beginselen van aanbestedingsrecht, omdat de inschrijvers daar in een tweede ronde worden betrokken nadat zij kennis hebben genomen van elkaars inschrijvingen.<sup>52</sup> Nog afgezien daarvan kan (ook nu weer) worden opgemerkt dat de wijziging daarnaast mogelijk van zodanige aard is dat de kring van potentiële gegadigden of inschrijvers als gevolg van die wijziging verandert ten opzichte van de kring van gegadigden of inschrijvers die op de oorspronkelijke bestekseisen zou zijn afgekomen. Dat laatste bezwaar kleeft ook aan het tweede genoemde geval, waarbij de gelegenheid om andermaal te reflecteren op de gewijzigde bestekseisen en contractvoorwaarden alleen wordt geboden aan de inschrijver wiens (eerste) inschrijving als beste uit de bus is gekomen. Bovendien wordt in dat laatste geval ook in de verhouding tot de inschrijvers die wel aan de aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen geen recht gedaan aan de beginselen van aanbestedingsrecht, in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling.<sup>53</sup>

### 3.4 Gevaltype (3): wijzigen van de inschrijving vóór de gunning<sup>54</sup>

In paragraaf 2.2 is opgemerkt dat de aanbestedder na ontvangst van de inschrijvingen zal moeten beoordelen welke van die inschrijvingen op grond van het gestelde gunningscriterium als beste uit de bus komt. Het is vervolgens denkbaar dat hij zich onvoldoende kan vinden in een (of meer) van die inschrijvingen en dat hij om die reden wil aansturen op aanpassing daarvan. Hij zal dat doen door te proberen onderhandelingen met de betreffende inschrijver te starten met het oogmerk die inschrijver zijn inschrijving te laten wijzigen. Hoewel voor alle aanbestedingsprocedures geldt dat de aanbestedder na ontvangst van de inschrijvingen het initiatief mag nemen tot bilaterale communicatie met elk van de inschrijvers over de inhoud van hun inschrijvingen, mag die communicatie alleen plaatsvinden met het doel tot een verduidelijking van de inhoud van de inschrijving te komen en/of tot een eventuele aanvulling daarvan. Dat dit laatste aanbestedingsrechtelijk is toege-

staan, kan worden afgeleid uit een gemeenschappelijke verklaring van de Raad en de Commissie uit 1994:

‘(...) wel mogen er besprekingen met gegadigden of inschrijvers plaatsvinden, maar alleen met het oog op een verduidelijking of aanvulling van de inhoud van hun offerte (...) en voor zover zulks geen discriminatie veroorzaakt.’<sup>55</sup>

De communicatie met een inschrijver over diens inschrijving mag er niet toe leiden dat die inschrijving op fundamentele punten inhoudelijk wordt gewijzigd.<sup>56</sup> Ook dat vloeit voort uit de zojuist geciteerde gemeenschappelijke verklaring:

‘De Raad en de Commissie verklaren dat, bij openbare en niet-openbare procedures, onderhandelingen met gegadigden of inschrijvers over fundamentele punten van de opdrachten waarvan wijziging de mededinging kan vervalsen, en met name over prijzen, uitgesloten zijn; (...).’<sup>57</sup>

Ook de ratio van dit verbod kan worden gevonden in de beginselen van aanbestedingsrecht, in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel.<sup>58</sup>

Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys zien binnen bepaalde randvoorwaarden overigens ruimte voor een uitzondering op het zojuist besproken verbod voor zover het de inschrijving betreft van de inschrijver die als beste uit de bus is gekomen:

‘Bedacht moet echter worden dat, wanneer eenmaal op basis van de toepasselijke gunningscriteria is vastgesteld welke inschrijver voor gunning in aanmerking komt, de concurrentie tussen de inschrijvers is uitgespeeld. Van vervalsing van de concurrentie, resp. van

51. HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94 (Commissie/België), Jurispr. 1996, p. I-2043, r.o. 70 e.v. en r.o. 85 e.v.

52. Vergelijk Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 474. De auteurs stellen dat een uitzondering alleen is voorzien in de regeling van de elektronische veiling. De regulering kent echter ook nog een andere uitzondering in art. 30 lid 1 sub a jo. lid 2 van het Bao voor het geval dat in een aanbestedingsprocedure alleen maar onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend op grond waarvan de aanbestedder met de oorspronkelijke inschrijvers mag ‘doorschakelen’ naar een onderhandelingsprocedure waarvan de voorafgaande bekendmaking onder omstandigheden achterwege mag blijven.

53. Zie Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 473.

54. Zie eerder Jansen/Regieraad Bouw 2009, p. 228-233. Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 463 e.v.

55. Gemeenschappelijke Verklaring van de Raad en de Commissie ad art. 7 lid 4 Richtlijn 93/37/EG, PbEG 1994, L 111/114.

56. Het ‘aanvullen’ van een op zichzelf reeds geldige inschrijving mag dus niet worden opgevat als aanpassen, herzien of veranderen van de inschrijving op fundamentele punten. Het moet worden begrepen als het concretiseren van de inhoud daarvan. Een in een inschrijving opgenomen oplossingsrichting – lees: ‘hoe’ de inschrijver voornemens is de bestekseisen te gaan materialiseren – kan volstrekt duidelijk zijn omschreven, zodat geen nadere verduidelijking nodig is, maar zich tegelijkertijd op een bepaald abstractieniveau bevinden. De aanbestedder mag de inschrijver dan vragen om nadere uitwerking van die oplossing door aanvulling, maar zonder dat hierbij de kaders van de aangeboden oplossingsrichting worden verlaten.

57. Mede gelet op het bepaalde in art. 29 lid 14 Bao wordt aangenomen dat dit verbod ook geldt ten aanzien van de procedure van de concurrentiegerichted dialoog. Vergelijk Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 463-464. Voor de onderhandelingsprocedures geldt het verbod in verband met de aard van die procedures nu juist weer niet, zie immers par. 2.2.

58. Vergelijk HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94 (Commissie/België), Jurispr. 1996, p. I-2043, r.o. 56: ‘dat wanneer een aanbestedende dienst rekening houdt met een wijziging in de oorspronkelijke aanbesteding van één enkele inschrijver, deze laatste wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten, hetgeen indruist tegen het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en afbreuk doet aan de doorzichtigheid van de procedure’. Zie voor een overzicht van de jurisprudentie waarin het verbod wordt bevestigd: Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 472-473.

discriminatie van inschrijvers in geval van onderhandelingen met de “winnende” inschrijver kan dan ook in principe geen sprake meer zijn. Tegen die achtergrond is er ons inziens geen reden de aanbesteders categorisch te verbieden in overleg met de “winnende” inschrijver wijzigingen in de specificaties van de opdracht door te voeren. (...). De onderhandelingsruimte voor de aanbesteder moet echter zeer beperkt worden geacht. (...). Vindt de aanbesteder de “winnende” inschrijver wel bereid om met hem in overleg te treden over aanpassing, dan mag dat overleg niet leiden tot zodanig wezenlijke aanpassingen van de inhoud van de opdracht, dat de gegunde opdracht op voor de onderlinge vergelijking van de verrichte inschrijvingen wezenlijke punten niet meer overeenkomt met de aanbestede opdracht, resp. met de omschrijving daarvan in de gepubliceerde aankondiging. Een ruimhartiger opvatting zou zich niet verdragen met het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers. Indien de aanbesteder in vergaande mate de inhoud van de opdracht wijzigt, zal hij de opdracht opnieuw moeten aanbesteden, teneinde geïnteresseerden op voet van gelijkheid in staat te stellen naar de opdracht te dingen. (...). In de praktijk blijken aanbestedende diensten meer dan eens te trachten met de “winnende” inschrijver onderhandelingen te voeren over de prijs – zonder dat daarmee wijzigingen in de specificaties corresponderen – alvorens definitief de opdracht te gunnen. (...). Een dergelijk handelen is strijdig met de basisuitgangspunten van de openbare en niet-openbare procedure. De opdracht dient te worden gegund op basis van de aanbiedingen zoals deze zijn ontvangen. Daarmee kan voor onderhandelingen die er uitsluitend op zijn gericht de prijs te verlagen geen rechtvaardiging worden gevonden. Het wezenlijke verschil met het hiervoor besproken overleg is dat in dit geval de specificaties van de opdracht ongewijzigd blijven. Wanneer de wens, noch de noodzaak bestaat de specificaties van de opdracht te wijzigen, dient de aanbesteder de opdracht zonder meer te gunnen op basis van de “winnende” aanbesteding zoals deze is ontvangen.<sup>59</sup>

Als ik het goed zie, zijn de auteurs van mening dat de aanbesteder met de winnende inschrijver in onderhandeling mag treden over het wijzigen van de inhoud van diens *inschrijving* wanneer aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan: (1) de eventuele wijziging van de inschrijving dient te corresponderen met een wijziging van de *bestekseisen* (en/of contractvoorwaarden) van de aanbesteder; en (2) die laatstbedoelde wijziging mag geen *wezenlijke* wijziging zijn. Ik vraag mij af of de auteurs daarmee niet een standpunt innemen dat haaks staat op het elders door hen in hun handboek ingenomen standpunt dat de aanbesteder niet jegens één of meer inschrijvers mag afwijken van de door hemzelf

gestelde bestekseisen.<sup>60</sup> Nog afgezien daarvan rijst de vraag of ook in het geval van een niet wezenlijke wijziging van de bestekseisen – die de *samenstelling* van de kring van potentiële gegadigden dus niet beïnvloedt – in theorie niet toch de mogelijkheid bestaat dat de *rangorde* binnen die kring wijzigt wanneer alle inschrijvers de gelegenheid zouden krijgen een met de wijziging van de bestekseisen corresponderende wijziging van hun inschrijving door te voeren, zeker wanneer de oorspronkelijke inschrijvingen dicht bij elkaar liggen.<sup>61</sup> Daarmee komt de bewering dat er in beginsel geen bezwaar is tegen onderhandelingen met (alleen) de laagste inschrijver, aangezien ‘de concurrentie tussen de inschrijvers is uitgespeeld’, onder druk te staan.

### 3.5 Gevaltype (4): wijzigen van de bestekseisen of de contractvoorwaarden na het annuleren van een aanbestedingsprocedure

Een wat bijzonder gevaltype waarin de ‘wijzigingsbevoegdheid’ van de aanbesteder kan worden geproblematiseerd, doet zich voor wanneer hij de aanbestedingsprocedure annuleert. *Dat* de aanbesteder niet verplicht is de procedure met een positieve gunningsbeslissing af te sluiten, is hiervoor al uiteengezet.<sup>62</sup> Er kunnen verschillende redenen zijn waarom een aanbesteder niet tot gunning van de aanbestede overeenkomst wenst over te gaan. In de regel zal voor de aanbesteder het prijspeil van de in de geannuleerde procedure ontvangen inschrijvingen onverwacht (te) hoog liggen.<sup>63</sup> Maar ook (een wijziging van) de (onzekere) economische omstandigheden waarbinnen de aanbestede overeenkomst moet worden uitgevoerd, kan een belangrijk afbreukrisico vormen.<sup>64</sup>

Het komt vervolgens wel eens voor dat een aanbesteder na het annuleren van de aanbesteding probeert de beoogde overeenkomst opnieuw door middel van een aanbestedingsprocedure in de markt te zetten. Dat is op zichzelf toegestaan, onder de voorwaarde dat hij de oorspronkelijke bestekseisen wezenlijk wijzigt.<sup>65</sup> Hier wordt de *bevoegdheid* van de aanbesteder tot wijziging van de beoogde overeenkomst door de werking van het aanbe-

60. Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 473, met verwijzing naar HvJ EG 25 april 1996, zaak C-87/94 (Commissie/België), Jurispr. 1996, p. I-2043, r.o. 70 e.v. en r.o. 85 e.v. Zie ook par. 3.3 hiervoor.

61. Ik schrijf ‘in theorie’ omdat – zoals hiervoor al bleek in par. 3.3 – het uitsluiten van zo’n tweede ronde aanbestedingsrechtelijk niet is toegestaan.

62. Zie par. 2.2.

63. Zie bijv. Vzr. Rb. Den Bosch 11 december 2008, LJN BH2904; Vzr. Rb. Rotterdam 10 maart 2009, LJN BH5386; Vzr. Rb. Den Haag 16 juni 2010, LJN BN4842; Vzr. Rb. Amsterdam 8 december 2010, LJN BO8420.

64. Zie bijv. Vzr. Rb. Den Haag 20 mei 2011, LJN BQ5311 en LJN BR4943.

65. Een uitzondering hierop vormt de regel van art. 30 lid 1 sub a Bao voor het geval dat in de eerste aanbestedingsprocedure alleen maar onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend op grond waarvan de aanbesteder met de oorspronkelijke inschrijvers mag ‘doorschakelen’ naar een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, ‘mits de oorspronkelijke voorwaarden van de overheidsopdracht niet wezenlijk worden gewijzigd’. Hier moet vooral worden gedacht aan het geval dat alle bij de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure ingediende inschrijvingen naar objectieve maatstaven gemeten als te hoog dienen te worden beschouwd.

59. Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 481-482.

stedingsrecht derhalve getransformeerd in een *verplichting*. Zou een dergelijke verplichting niet worden aangenomen, dan zou daarmee voor de aanbesteder de weg open liggen om de eerste aanbestedingsprocedure enkel en alleen te gebruiken voor een marktverkenning, om vervolgens de inschrijvers – die immers kennis zullen nemen van het prijspeil van de inschrijvingen die in die procedure worden ingediend – tegen elkaar uit te spelen in een tweede ronde. Dat wordt als een oneigenlijk gebruik van de aanbestedingsprocedure beschouwd.<sup>66</sup>

Wanneer aanbesteders in rechte op een dergelijke praktijk worden aangesproken, verweren zij zich regelmatig met het argument *dat* de heraanbesteding plaatsvindt op basis van wezenlijk gewijzigde bestekseisen en/of contractvoorwaarden. Bij de beoordeling van dat verweer passen rechters vervolgens de criteria van het Presstext-arrest toe. Het bijzondere hiervan is dat daarmee voorbeelden van (niet-)wezenlijke wijzigingen van bestekseisen en contractvoorwaarden worden aangedragen vanuit een geheel ander gevaltype dan dat welk ten grondslag ligt aan het Presstext-arrest zelf. Van een wezenlijke wijziging is bijvoorbeeld geen sprake wanneer de oorspronkelijke overeenkomst (met betrekking tot het installeren van ondergrondse vuilcontainers) in twee kleinere overeenkomsten wordt opgesplitst zonder dat de in het kader van die overeenkomsten te verrichten prestaties inhoudelijk worden gewijzigd.<sup>67</sup> Evenmin valt in te zien waarom met het inkorten van de uitvoeringstermijn van de oorspronkelijke overeenkomst van negen maanden verdeeld over drie jaar naar een termijn van zes maanden verdeeld over twee jaar een andere kring van potentiële gegadigden wordt aangeboord.<sup>68</sup> Ook wanneer in zowel de oude als de nieuwe bestekseisen de door de winnende inschrijver te verrichten prestaties zijn omschreven als verrekenbare hoeveelheden, kan een op zichzelf genomen een aanzienlijke vermindering van de hoeveelheid (het verwijderen van bos en het snoeien van overhangend hout) in de nieuwe bestekseisen niet als een wezenlijke wijziging worden gekwalificeerd.<sup>69</sup> In de hiervoor genoemde zaken was het voor de rechters overigens nog maar de vraag of het Presstext-arrest zich leende voor toepassing in het voorliggende geval. In een andere zaak paste de rechter de criteria van het arrest daarentegen expliciet toe, om vervolgens tot de conclusie te komen dat de aanbesteder de bestekseisen en de contractvoorwaarden inderdaad wezenlijk had gewijzigd:

‘In dit geval wijkt de opdracht van de tweede aanbesteding in een aantal opzichten af van de opdracht bij de eerste aanbesteding. Zo heeft Vaop de scope van de opdracht beperkt, in die zin dat de opdracht thans bestaat uit de inzameling, op- en overslag, en het transport van oud papier. De zogenaamde bewerking van oud papier maakt niet langer deel uit van de opdracht. (...). Vaop heeft voorts onbetwist gesteld dat er in vergelijking met de eerdere aanbesteding meer lokale ondernemers het bestek hebben opgevraagd. Bovendien heeft [eiseres] ter zitting zelf aangegeven dat de nieuwe opdracht minder interessant is dan de vorige opdracht, nu zij is gespecialiseerd in de bewerking van oud papier en karton. (...) Verder diende de inschrijver bij de eerste aanbesteding het inflatierisico voor de duur van de opdracht te dragen. [eiseres] heeft toegelicht dat zij, in verband met dit risico, een opslag op haar inschrijfsom heeft gehanteerd. Bij de tweede aanbesteding heeft Vaop dit risico zelf, als opdrachtgever, genomen door marktpartijen jaarlijks toe te staan hun inschrijfsommen conform de NEA en de CPI-index te verhogen. [eiseres] heeft ter zitting erkend dat deze wijziging van invloed is op de aan te bieden prijzen. Hierdoor is ook het economisch evenwicht van de opdracht veranderd.’<sup>70</sup>

Van een wezenlijke wijziging is eveneens sprake wanneer de aanbesteder ten aanzien van een overeenkomst met een waarde van ruim € 3 miljoen enerzijds bezuinigingsmaatregelen tot een totaalbedrag van € 355.000 heeft getroffen (gebruik van een andere houtsoort voor de kozijnen en deuren, een andere vloerafwerking, een andere glassoort en een andere afwerking van de binnenwanden) en daarnaast de realisatie van een extra verdieping in de gewijzigde overeenkomst heeft opgenomen voor een bedrag van € 450.000.<sup>71</sup> Wanneer daarentegen zowel de oorspronkelijke als de op zichzelf genomen aanzienlijk gewijzigde bestekseisen onderdeel uitmaken van een raamovereenkomst waarbij – in beide gevallen – geen garantie voor de winnende inschrijver(s) bestaat dat de aanbesteder zal overgaan tot het daadwerkelijk verstrekken van opdrachten onder die overeenkomst, is geen sprake van een wezenlijke wijziging van de bestekseisen in de zin van het Presstext-arrest.<sup>72</sup> Ook de enkele omstandigheid dat in het kader van de heraanbesteding (deels) andere ondernemingen hebben ingeschreven, doet aan het voorgaande niet af.<sup>73</sup>

66. Vergelijk Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 474 en 477. De auteurs baseren hun visie op een ‘samenloop van de publiekrechtelijke normen van de aanbestedingswetgeving en de civielrechtelijke beginselen van redelijkheid en billijkheid’, maar werken dat niet verder uit. Vergelijk overigens ook V.zr. Rb. Den Bosch 11 december 2008, LJN BH2904, r.o. 4.4 en V.zr. Rb. Rotterdam 10 maart 2009, LJN BH5386, r.o. 4.4 *in fine*. Zie ook V.zr. Rb. Amsterdam 8 december 2010, LJN BO8420, r.o. 4.4: ‘Dit is in strijd met de goede trouw en wordt volgens vaste rechtspraak gekwalificeerd als “leuren”.’ Zie tot slot ook V.zr. Rb. Den Haag 20 mei 2011, LJN BQ5311, r.o. 3.1.

67. V.zr. Rb. Den Bosch 11 december 2008, LJN BH2904, r.o. 4.3.1.

68. V.zr. Rb. Rotterdam 10 maart 2009, LJN BH5386, r.o. 4.6.1.

69. Zie noot 68, r.o. 4.6.2, 4.6.3 en 4.6.5.

70. Rb. Den Haag 16 juni 2010, LJN BN4842, r.o. 4.2. Zie eerder ook V.zr. Rb. Den Haag 23 juni 2009, LJN BJ1444.

71. V.zr. Rb. Amsterdam 8 december 2010, LJN BO8420, r.o. 4.7 en 4.8. Vergelijk ook V.zr. Rb. Den Haag 16 juni 2010, LJN BN4842.

72. V.zr. Rb. Den Haag 20 mei 2011, LJN BQ5311, r.o. 3.3 en 3.4. In concreto ging het om (1) het uit het bestek halen van het preventief onderhoud van oppervlakten asfalt; (2) een halvering van de geraamde totale omzet; en (3) een aanzienlijke verkorting van de looptijd van de overeenkomst.

73. V.zr. Rb. Den Haag 20 mei 2011, LJN BQ5311, r.o. 3.6.



### 3.6 Gevaltype (5): wijzigen van de overeenkomst na de gunning<sup>74</sup>

Wanneer de aanbestedder tot gunning aan de winnende inschrijver overgaat en de overeenkomst tussen partijen tot stand komt,<sup>75</sup> mogen zij die overeenkomst in beginsel niet meer wezenlijk wijzigen. Dit op grond van het Presstext-arrest geldende uitgangspunt vormt ook de basis voor de regeling van dit gevaltype in het voorstel voor de integrale herziening van Richtlijn 2004/18/EG<sup>76</sup>. Daarbij zijn de hiervoor<sup>77</sup> genoemde criteria uit het arrest, aan de hand waarvan dient te worden vastgesteld of een wijziging van de overeenkomst als wezenlijk moet worden beschouwd, eveneens overgenomen.<sup>78</sup>

Er is op dit moment nog weinig jurisprudentie beschikbaar met betrekking tot het hier bedoelde gevaltype, laat staan dat de Presstext-criteria al uitvoerig zijn toegepast op tot het gevaltype behorende gevallen.<sup>79</sup> Een voorbeeld van een geval waarin een wijziging als wezenlijk werd bestempeld, betrof de uitbreiding van het budget van € 17 miljoen dat beschikbaar was voor de uitvoering van een opdracht tot het (laten) uitvoeren van bovenregionale vervoersdiensten ten behoeve van gehandicapten met een bedrag van € 10 miljoen.<sup>80</sup> Voorbeelden van gevallen waarbij de wijziging van de inmiddels gesloten overeenkomst niet als wezenlijk werd aangemerkt: het verschuiven van de ingangsdatum van de inmiddels tot stand gekomen overeenkomst, waardoor de duur van de overeenkomst werd bekort zonder dat dat tot verdere wijziging van de contractuele verplichtingen van partijen leidde, behoudens dat de aanbested-

der de opdrachtnemer een vergoeding van € 75.000 betaalde ter zake van de bekorting van de duur van de overeenkomst;<sup>81</sup> het wijzigen van de locatie waar een jachtclub naar toe zou worden verplaatst én de bouw van 18 extra woningen, als onderdeel van een meeromvattende overeenkomst ter zake het ontwerp en de uitvoering van een brug over het Spaarne en de bouw van 200 woningen.<sup>82</sup>

In verband met de praktische toepassing van de Presstext-criteria is het belangrijk om op te merken dat het in een aantal gevallen niet nodig zal zijn een wijziging van de overeenkomst in het licht van die criteria te beoordelen, aangezien de wijziging in die gevallen geacht kan worden hetzij *mel*, hetzij *geen* wezenlijk karakter te dragen. Deze gevallen zullen hierna worden besproken.

In de eerste plaats is het zo dat Richtlijn 2004/18/EG<sup>83</sup> voor een aantal gevallen expliciet toestaat dat de aanbestedder bij de aanbesteding van een overeenkomst gebruikmaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, waarbij toepassing van die procedure dan *de facto* neerkomt op gunning van de overeenkomst aan een onderneming waarmee de aanbestedder al op een eerder tijdstip een (nog voortdurende) overeenkomst is aangegaan. Om welke gevallen gaat het dan precies? Allereerst betreft het gevallen waarbij de aanbestedder *aanvullende leveringen* wil betrekken van een

74. Zie voor eerdere publicaties over dit specifieke gevaltype: M.A.B. Chao-Duivis, Aanbestedingsrechtelijke consequenties van contractuele wijzigingen, in: M.A.M.C. van den Berg, M.A.B. Chao-Duivis & H. Langendoen (red.), *Aangenomen werk. Opstellen aangeboden aan A.J. van Wijngaarden in herinnering aan prof.mr. M.A. van Wijngaarden*, Tjeenk Willink 2003, p. 35-54; J.M. Hebly & M.B. Klijn, *Wezenlijke wijziging van een overheidsopdracht*, TBR 2008/157, p. 822-830; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 130-131; M.A.B. Chao-Duivis, *Contractenrecht en aanbestedingsrecht. Gedachten over beginselen van het contractenrecht en de rol van deze in het aanbestedingsrecht*, in: M.A.B. Chao-Duivis, C.E.C. Jansen & J.B.M. Vranken (red.), *Alleen Samen. Opstellen aangeboden aan prof.mr. M.A.M.C. van den Berg*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2010, p. 173-189; Hebly & Heijnsbroek 2012, p. 94-106.

75. Zie nogmaals par. 2.3 *in fine*.

76. Zie art. 72 lid 1 COM(2011) 896.

77. Zie par. 3.1.

78. Zie art. 72 lid 2 COM(2011) 896.

79. Aldus ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 130. De aldaar genoemde uitspraak V.zr. Rb. Den Haag 29 november 2006, LJN AZ5047 hoort overigens thuis bij gevaltype (1), zie par. 3.2. Het door de auteurs genoemde arrest Hof Den Haag 13 december 2007, LJN BC0036 behelst een voorbeeld van een hierna nog te bespreken wijziging op basis van een contractwijzigingsclausule. Aan het overzicht zou kunnen worden toegevoegd de enigszins atypische uitspraak V.zr. Rb. Den Haag 18 augustus 2010, LJN BN4777, r.o. 4.6 *in fine*: 'De Gemeente heeft met de offerteaanvraag een soort "beauty contest" uitgeschreven, waarbij vooraf niet zonder meer duidelijk was onder welke condities een overeenkomst zou worden gesloten met de winnaar. Het is tegen deze vrijblijvende achtergrond dat moet worden beoordeeld of de exploitatieovereenkomst 2004 al dan niet moet worden aangemerkt als een wezenlijke wijziging van hetgeen in de offerteaanvraag is voorzien.' Die vraag wordt door de voorzieningenrechter uiteindelijk ontkennend beantwoord.

80. V.zr. Rb. Den Haag 15 juni 2005, LJN AU4397, r.o. 3.4.

81. Hof Amsterdam 15 december 2005, LJN AV3114, r.o. 4.8. Uit het arrest wordt niet duidelijk hoe dat bedrag zich procentueel precies verhoudt tot de omvang van de betalingsverplichting die de aanbestedder op basis van de oorspronkelijke overeenkomst was aangegaan.

82. V.zr. Rb. Haarlem 30 maart 2009, LJN BH9057, r.o. 4.8 t/m 4.12. Wat het eerste criterium uit het Presstext-arrest betreft, overweegt de voorzieningenrechter: 'De verplaatsing van de jachthaven (...) en de bouw van achttien woningen vormen slechts een klein onderdeel van de gehele opdracht (...). Evenmin betreft de wijziging werkzaamheden van geheel andere aard. Daardoor is niet aannemelijk dat als deze wijziging in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure was gemeld, dit zou hebben geleid tot andere inschrijvers of een keuze voor een andere offerte.' Ten aanzien van het tweede criterium zoekt de voorzieningenrechter aansluiting bij het hierna nog te bespreken uitzonderingsgeval dat is geregeld in art. 31 lid 4 sub a Bao: 'Dat de aanvullende werkzaamheden uit technisch of economisch oogpunt niet los van de oorspronkelijke opdracht kunnen worden uitgevoerd zonder overwegende bezwaren voor de Gemeente is voldoende aannemelijk geworden. De bouwcombinatie had immers al opdracht gekregen tot verplaatsing van de jachthaven van HJC, zij het naar een andere locatie. De Gemeente zou dus een schadeclaim van de Bouwcombinatie tegemoet kunnen zien als zij de gewijzigde opdracht tot verplaatsing van de jachthaven van HJC aan een andere partij had gegund. Voorts lijkt het niet efficiënt om de bouw van de achttien woningen (die in de oorspronkelijke opdracht niet waren voorzien) in een gebied waar de Bouwcombinatie al 200 woningen bouwt, te laten uitvoeren door een andere partij. De Gemeente heeft aangevoerd dat de verplaatsing van de jachthaven van HJC volgens de nieuwe plannen circa € 3.300.000,- kost, terwijl met de bouw van de brug alleen al circa € 16.000.000,- is gemoeid en voorts dat de uitbreiding van de opdracht de bouw van achttien woningen betreft, terwijl in het oorspronkelijke plan werd uitgegaan van 200 woningen. Die bedragen en aantallen in aanmerking genomen is voldoende aannemelijk dat de uitbreiding van de opdracht aan de Bouwcombinatie binnen de grens van 50 % van het bedrag van de oorspronkelijke opdracht blijft.' Ten aanzien van het derde criterium uit het Presstext-arrest overweegt de voorzieningenrechter: 'Dat het economisch evenwicht van de opdracht door de aanvulling wordt gewijzigd op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld is, gelet op de waarde van het totale project evenmin aannemelijk geworden.'

83. Zie noot 1.



leverancier met wie reeds een overeenkomst bestaat en waarbij die aanvullende leveringen ofwel zijn bestemd voor gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties voor courant gebruik, ofwel voor de uitbreiding van bestaande leveringen of installaties.<sup>84</sup> Betoogd is dat hier vooral moet worden gedacht aan aanvullende leveringen voor telefoon- en computerinstallaties.<sup>85</sup> Voor het geval waarin de aanbesteder *aanvullende werken of diensten* wil betrekken van een opdrachtnemer met wie al eerder een overeenkomst is gesloten, bestaat een enigszins vergelijkbare regeling.<sup>86</sup> Een verschil met de regeling van de aanvullende leveringen – waarmee tevens een belangrijke beperking is gegeven voor wat betreft de mogelijkheid tot het invoeren van de regeling van de aanvullende werken en diensten – is dat de bijkomende prestaties ten tijde van het aangaan van de oorspronkelijke overeenkomst niet voorzienbaar waren.<sup>87</sup> Relevant om op te merken is overigens dat deze bepaling model lijkt te hebben gestaan voor een mijns inziens belangrijke regeling in het voorstel voor de integrale herziening van Richtlijn 2004/18/EG van een algemene uitzondering op het uitgangspunt dat bij een wezenlijke wijziging van de overeenkomst heraanbesteding dient plaats te vinden.<sup>88</sup> Tot slot kunnen de gevallen worden genoemd waarbij de aanbesteder zogenoemde *herhaalsopdrachten* voor werken of diensten wil opdragen

aan een opdrachtnemer met wie reeds een contractuele relatie bestaat.<sup>89</sup> Voor deze laatste gevallen geldt dat de beginselen van aanbestedingsrecht in de regeling worden gewaarborgd door het vereiste dat de mogelijkheid van bijkomende opdrachten al in de algemene aankondiging van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure moet zijn vermeld.<sup>90</sup>

In de tweede plaats kan het geval worden genoemd waarbij de aanbesteder zijn contractuele wederpartij vervangt door een andere partij: zo'n vervanging wordt geacht een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de overeenkomst in te houden. Ook deze in het Presstext-arrest<sup>91</sup> geformuleerde regel zal straks worden gecodificeerd, met dien verstande dat daarin een aantal specifieke gevallen van rechtsopvolging buiten de omschrijving van het begrip 'wezenlijke wijziging' wordt gehouden.<sup>92</sup> De hier bedoelde regel werd onlangs overigens door de Haagse voorzieningenrechter toegepast in een van de uitspraken die onderdeel uitmaken van de 'politiepistolen-saga'.<sup>93</sup> Die uitspraak betrof het geval waarin de aanbesteder besloot te contracteren met leverancier Heckler & Koch, die eerder als tweede in de aanbestedingsprocedure was geëindigd. De aanbesteder meende daartoe gerechtigd te zijn nadat de overeenkomst met de destijds als eerste geëindigde leverancier – SigSauer – was ontbonden. Concurrenten Walther en Beretta werden vervolgens door de voorzieningenrech-

84. Zie art. 31 lid 2 sub b Bao: 'Een aanbestedende dienst kan overheidsopdrachten voor leveringen gunnen na een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande mededeling (...) voor door de oorspronkelijke leverancier verrichte aanvullende leveringen die (i) bestemd zijn voor gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties voor courant gebruik, of (ii) voor de uitbreiding van bestaande leveringen of installaties, wanneer verandering van leverancier de aanbestedende dienst ertoe zou verplichten apparatuur aan te schaffen met andere technische eigenschappen, zodat onverenigbaarheid ontstaat of zich bij gebruik en onderhoud onevenredige technische moeilijkheden voordoen, mits de looptijd van deze overheidsopdrachten voor leveringen en nabestellingen niet langer is dan drie jaar (...)' Zie ook art. 30 lid 3 sub b COM(2011) 896.

85. Vergelijk Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 210.

86. Art. 31 lid 4 sub a Bao: 'Een aanbestedende dienst kan een overheidsopdracht voor werken of een overheidsopdracht voor diensten gunnen na een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande aankondiging voor aanvullende werken of diensten die noch in het oorspronkelijk gegunde ontwerp, noch in de oorspronkelijk gegunde overheidsopdracht voor werken of overheidsopdracht voor diensten waren opgenomen, onder de volgende voorwaarden: (1) de aanvullende werken of diensten zijn ten gevolge van een onvoorziene omstandigheid voor de uitvoering van deze overheidsopdracht noodzakelijk geworden; (2) de gunning geschiedt aan de aannemer of dienstverlener die de oorspronkelijke overheidsopdracht voor werken of overheidsopdracht voor diensten uitvoert; en (3) het totale bedrag van de voor de aanvullende werken of diensten gegunde overheidsopdracht voor werken of overheidsopdracht voor diensten niet hoger is dan 50 procent van het bedrag van de oorspronkelijke overheidsopdracht; en de aanvullende werken of diensten voorts (i) technisch of economisch niet los van de oorspronkelijke opdracht kunnen worden uitgevoerd zonder overwegende bezwaren voor de aanbestedende diensten, of (ii) wel kunnen worden gescheiden, maar strikt noodzakelijk zijn om de oorspronkelijke opdracht te vervolmaken.'

87. Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 209. Zie voor een voorbeeld van een geval waarin de omstandigheden wél voorzienbaar waren (namelijk: meningsverschillen tussen de Tweede Kamer en bewindslieden): Vzr. Rb. Den Haag 15 juni 2005, LJN AU4397, r.o. 3.4. Zie voor een voorbeeld van de toepassing van deze regeling ook Vzr. Rb. Den Haag 30 november 2010, LJN BO9592, r.o. 4.12.

88. Zie art. 72 lid 6 COM(2011) 896: 'In afwijking van lid 1 vereist een wezenlijke wijziging geen nieuwe aanbestedingsprocedure wanneer aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan: (a) de behoefte aan wijziging is het gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige ondernemer niet kon voorzien; (b) de wijziging brengt geen verandering in de algemene aard van de opdracht; (c) de prijsverhogingen zijn niet hoger dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.'

89. Art. 31 lid 4 sub b Bao: 'Een aanbestedende dienst kan een overheidsopdracht voor werken of een overheidsopdracht voor diensten gunnen na een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande aankondiging in geval van nieuwe werken of diensten, bestaande uit de herhaling van soortgelijke werken of diensten die door dezelfde aanbestedende diensten worden toevertrouwd aan de ondernemer waaraan een oorspronkelijke overheidsopdracht werd gegund, mits deze werken of deze diensten overeenstemmen met een basisproject dat het voorwerp vormde van de oorspronkelijke overheidsopdracht die overeenkomstig de openbare procedure of de niet-openbare procedures is gegund en mits: (i) de aanbestedende diensten reeds in de aankondiging van de aanbesteding van het basisproject vermelden dat een procedure zonder aankondiging kan worden toegepast, en (ii) de aanbestedende diensten hierbij het totale voor de volgende werken geraamde bedrag in aanmerking nemen voor de toepassing van [de] artikel 7, en van deze procedure slechts gedurende een periode van drie jaar volgend op de oorspronkelijke overheidsopdracht gebruik kan worden gemaakt.' Zie ook art. 30 lid 3 sub 5 COM(2011) 896.

90. Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 209.

91. Zie HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (Presstext Nachrichtenagentur GmbH/Oostenrijk), Jurispr. 2008, p. I-4401, r.o. 40.

92. Zie art. 72 lid 3 COM(2011) 896: '(...) De eerste alinea geldt echter niet in het geval van rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke ondernemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming of insolventie, door een andere ondernemer die voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt en niet is bedoeld om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen.'

93. Zie Vzr. Rb. Den Haag 10 maart 2010, LJN BL7114; Hof Den Haag 17 augustus 2010, LJN BN4177; Vzr. Rb. Den Haag 28 maart 2011, LJN BP9335 en LJN BQ2329; Vzr. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN BV1636 en LJN BV1638.

ter gevolgd in hun betoog dat hier sprake was van een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de betrokken overeenkomst.<sup>94</sup> Overigens heeft het HvJ EU in het Presstext-arrest tevens geoordeeld dat de vervanging van de contractuele wederpartij door een andere partij niet als een wezenlijke wijziging kwalificeert wanneer ‘deze vervanging is vastgelegd in de voorwaarden van de oorspronkelijke overeenkomst, bijvoorbeeld op basis van onderaanneming’.<sup>95</sup>

Met dat laatste kom ik op een derde geval waarin ook zonder een beoordeling van de wijziging van de overeenkomst in het licht van de Presstext-criteria uitspraken kunnen worden gedaan over het al dan niet wezenlijke karakter van die wijziging. Ook dat geval krijgt naar komend recht een regeling in de herziene Algemene Richtlijn, waarmee – als ik het goed zie – een regeling in de integraal herziene Richtlijn 2004/18/EG uit het *Succhi di Frutta*-arrest wordt gecodificeerd.<sup>96</sup>

‘Wijzigingen van een opdracht worden niet geacht wezenlijk te zijn in de zin van lid 1 wanneer door de

aanbestedingsdocumenten is voorzien in duidelijke, precieze en ondubbelzinnige herzieningsclausules of –opties. Deze clausules omschrijven de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of keuzemogelijkheden alsmede de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt. Zij voorzien niet in wijzigingen of keuzemogelijkheden die de algemene aard van de gunningsprocedure kunnen veranderen.’<sup>97</sup>

Wanneer deze bepaling eenmaal geldend recht wordt, vereist dat een zorgvuldige beoordeling van de door de overheid in de praktijk toegepaste (standaard)contracten. In de eerste plaats zullen de daarin opgenomen contractwijzigingsclausules moeten worden getoetst in het licht van de vraag of zij in alle opzichten wel voldoende objectief duidelijk zijn. Het gaat er dan om of alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze clausules op dezelfde wijze te interpreteren.<sup>98</sup> In de tweede plaats zal moeten worden nagegaan of die clausules voorzien in de mogelijkheid om zodanige wijzigingen op te dragen dat daardoor de aard van de door de wederpartij van de aanbestedder te leveren prestaties een geheel ander karakter krijgt.<sup>99</sup> Dergelijke wijzigingen vallen namelijk niet onder de hier bedoelde uitzonderingsregel en zullen gewoon moeten worden getoetst aan de criteria uit het Presstext-arrest (en vervolgens alsnog als ‘wezenlijk’ worden gekwalificeerd). Dat geldt ook voor wijzigingen die weliswaar worden opgedragen op basis van een tussen partijen overeengekomen contractwijzigingsclausule, maar die daar gelet op de aard en/of omvang van de wijziging niet onder kunnen vallen.<sup>100</sup> In het verlengde hiervan dient mijns inziens ook aandacht te zijn voor contractwijzigingsclausules die het mogelijk maken een onderdeel van de door de winnende inschrijver te leveren prestatie te wijzigen, terwijl de kwaliteit van diens inschrijving ten aanzien van dat specifieke onderdeel nu juist doorslaggevend bleek te zijn bij de beslissing tot gunning van de overeenkomst aan die inschrijver. Ook in dat geval is name-

94. V.zr. Rb. Den Haag 24 januari 2012, LJN BV1636 en LJN BV1638, r.o. 3.5: ‘De essentie is dat de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de overheidsopdracht wezenlijk, dat wil zeggen inhoudelijk, wordt gewijzigd in het geval dat de contractspartner wordt gewijzigd, hetgeen hier zal gebeuren indien met H&K zal worden gecontracteerd. Niet alleen de contractspartner zal wijzigen, maar ook het type te leveren pistool en de prijs zullen daardoor wijzigen. Het feit dat de opdracht van VtSPN inhoudelijk niet wijzigt is niet relevant voor de beantwoording van de vraag of hier sprake is van een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de overeenkomst. Een inhoudelijke wijziging van de opdracht kan immers een zelfstandige grond – naast de onderhavige grond – opleveren om de opdracht opnieuw te moeten aanbesteden.’

95. Zie HvJ EG 19 juni 2008, zaak C-454/06 (*Presstext Nachrichtenagentur GmbH/Oostenrijk*), Jurispr. 2008, p. I-4401, r.o. 40.

96. Zie HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99P (*Commissie/CAS Succhi di Frutta*), Jurispr. 2004, p. I-3801, r.o. 118-120 en 126: ‘Ingeval de aanbestedende dienst immers om welbepaalde redenen, nadat de opdrachtnemer is aangewezen, bepaalde inschrijvingsvoorwaarden wenst te kunnen wijzigen, dan dient hij deze aanpassingsmogelijkheid, evenals de wijze van toepassing ervan, uitdrukkelijk te voorzien in het inschrijvingsbericht, dat hijzelf heeft opgesteld en het kader aangeeft waarbinnen de procedure moet verlopen, zodat alle ondernemingen die belangstelling hebben om aan de aanbesteding deel te nemen er van meet af aan kennis van hebben en zich bijgevolg op voet van gelijkheid bevinden bij het opstellen van hun offerte. Indien niet uitdrukkelijk in een dergelijke mogelijkheid is voorzien en de aanbestedende dienst niettemin in de fase na de toewijzing van de opdracht van één van de vastgestelde wezenlijke voorwaarden wil afwijken, kan hij de procedure onmogelijk geldig voortzetten door andere dan de aanvankelijk bepaalde voorwaarden toe te passen. Als de aanbestedende dienst immers naar eigen goeddunken in de fase van de uitvoering van de opdracht de aanbestedingsvoorwaarden zelf zou kunnen wijzigen, zonder hiertoe uitdrukkelijk te zijn gemachtigd in de relevante toepasselijke bepalingen, zouden de aanvankelijk gestelde voorschriften welke de toewijzing van de opdracht regelen, worden omzeild. Bovendien zou een dergelijke praktijk onvermijdelijk de beginselen van doorzichtigheid en gelijke behandeling van de inschrijvers schenden, aangezien de uniforme toepassing van de inschrijvingsvoorwaarden en de objectiviteit van de procedure niet langer zouden zijn gewaarborgd. (...) De Commissie had dus eventueel, zoals overigens uitdrukkelijk uit punt 81 van het bestreden arrest volgt, in het inschrijvingsbericht de mogelijkheid kunnen opnemen om in bepaalde omstandigheden de betalingsregeling van de opdrachtnemers aan te passen, door in het bijzonder nauwkeurig te vermelden onder welke voorwaarden het uitdrukkelijk als betaling voor de betrokken leveringen genoemde fruit door ander fruit kon worden vervangen. Op die manier zouden de beginselen van gelijke behandeling en doorzichtigheid volkomen in acht zijn genomen.’

97. Art. 72 lid 5 COM(2011) 896.

98. Zie hierover meer uitvoerig Jansen 2009, p. 68 e.v. Zie ook C.E.C. Jansen, Uitleg van overeenkomsten die na een aanbestedingsprocedure tot stand zijn gekomen, TBR 2011/41, p. 200-211. Zie voor een voorbeeld van een geval waarin die toets ten aanzien van een optieclausule onvoldoende wordt uitgevoerd: Hof Den Haag 13 december 2007, LJN BC0036, r.o. 14-16. Vergelijk in dit verband overigens ook Hebly & Heijnsbroek 2012, p. 102 en p. 104. Zij stellen in navolging van Arrowsmith dat voldoende zou moeten zijn dat ‘bij de aanbesteding wordt voorzien in wijzigingen die minder gedetailleerd zijn omschreven dan de hiervoor genoemde eenzijdige opties en geobjectiveerde wijzigingsmechanismen. Wij sluiten ons in dat kader aan bij de stelling van Arrowsmith dat daarvoor van belang kan zijn wat de redelijke verwachtingen van de betreffende sector zijn.’ Ik heb niet de indruk dat hier voor een andere norm wordt gepleit. Het gaat er uiteindelijk immers om of zo’n minder gedetailleerde contractwijzigingsclausule objectief gezien voldoende duidelijk is. Uitleg en aanvulling lopen dan in elkaar over.

99. Waarom aan het einde van art. 72 lid 5 COM(2011) 896 wordt gesproken van ‘de algemene aard van de *gunningsprocedure*’ is onduidelijk. Dat hier de ‘algemene aard van de *opdracht*’ bedoeld zal zijn – mijns inziens meer voor de hand liggend – blijkt ook uit de Engelse taalversie: ‘the overall nature of the contract’. Zie immers ook de vertaling van art. 72 lid 4 en lid 6 sub b.

100. Dat was mijns inziens de situatie die zich voordeed in Hof Den Haag 13 december 2007, LJN BC0036.

lijk sprake van een wezenlijke wijziging.<sup>101</sup> Een laatste opmerking die nog kan worden gemaakt ten aanzien van contractwijzigingsclausules is dat bij gebreke aan dergelijke clausules natuurlijk ook een beroep zou kunnen worden gedaan op in de wet voorziene regelingen die wijziging van de overeenkomst door de rechter mogelijk maken.<sup>102</sup>

Een vierde en laatste geval waarin – naar komend recht althans – ook zonder toepassing van de Presetext-criteria uitspraken kunnen worden gedaan over het al dan niet wezenlijke karakter van een wijziging van een overeenkomst, ziet op bagatelkwesties:

‘Wanneer de waarde van de wijziging in geld kan worden uitgedrukt, wordt de wijziging niet geacht wezenlijk te zijn in de zin van lid 1 wanneer de waarde ervan de in artikel 4 vastgestelde drempels niet overschrijdt en wanneer deze minder dan 5% van de prijs van de aanvankelijke opdracht bedraagt, mits de wijziging de algemene aard van de opdracht niet wijzigt. Wanneer een aantal opeenvolgende wijzigingen plaatsvinden, wordt de waarde beoordeeld op basis van de cumulatieve waarde van de opeenvolgende wijzigingen.’<sup>103</sup>

Ook in dit geval geldt dus weer dat wanneer de aard van de door de winnende inschrijver te leveren prestaties een geheel ander karakter krijgt als gevolg van de wijziging, ook wanneer de financiële gevolgen daarvan op

zich beperkt blijven, die wijziging alsnog aan de criteria uit het Presetext-arrest zal moeten worden getoetst.

## 4. Conclusie

In dit artikel ben ik nagegaan op welke wijze en in hoeverre de op dit moment geldende aanbestedingsregulering de bevoegdheid van overheden aan banden legt om overeenkomsten, die zij door middel van aanbestedingsprocedures aangaan, te wijzigen. In dat kader is allereerst duidelijk geworden dat het aanbestedingsrecht in die wijzigingsbevoegdheid kan ingrijpen vanaf het moment dat een aanbesteder de aanbestedingsprocedure door middel van een algemene aankondiging bekendmaakt tot aan het moment waarop de aanbestede overeenkomst als uitgevoerd kan worden beschouwd. De ratio voor dat eventuele ingrijpen kan worden gevonden in de doelstelling van de EU om een interne markt van overheidscontracten tot stand te brengen waarin het vrije verkeer van goederen en diensten is gewaarborgd. Om die doelstelling te realiseren dienen overheidscontracten in de lidstaten te worden afgesloten met inachtneming van beginselen die zijn afgeleid van de voornoemde vrijheden: gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.

Een aanbesteder kan door de wijze waarop hij zijn wijzigingsbevoegdheid uitoefent die doelstelling op twee manieren in gevaar brengen. In de eerste plaats door het ‘level playing field’ te verstoren binnen de kring van gegadigden of inschrijvers die op de aankondiging van de aanbestedingsprocedure hebben gereflecteerd. In de tweede plaats door de samenstelling van die kring te beïnvloeden. Deze twee risico’s kunnen zich zowel tijdens de aanbestedingsprocedure als na de totstandkoming van de aanbestede overeenkomst verwezenlijken. Voor het geval dat één of beide risico’s zich *na* de totstandkoming van de overeenkomst voordoen, is in de jurisprudentie van het HvJ EU het concept van de ‘wezenlijke wijziging’ ontwikkeld. Het gaat dan vooral om contractwijzigingen die, wanneer zij van meet af aan onderdeel zouden zijn geweest van de oorspronkelijk aanbestede overeenkomst, tot een andere *samenstelling* zouden hebben geleid van de kring van gegadigden of inschrijvers die op de aankondiging zijn afgekomen en/of tot een andere *rangorde* zouden hebben geleid binnen de kring van inschrijvers. Wanneer een wijziging als wezenlijk kan worden gekarakteriseerd, de aanbestedingsprocedure dan wel de uitvoering van de inmiddels gesloten overeenkomst niet kunnen voortzetten, maar zal heraanbesteding daarvan moeten plaatsvinden.

Wanneer een *na* de totstandkoming van de overeenkomst doorgevoerde contractwijziging niet tot een andere samenstelling van respectievelijk rangorde binnen de hiervoor bedoelde kringen zou hebben geleid, is geen sprake van een wezenlijke wijziging en is er aanbestedingsrechtelijk gezien niets aan de hand. Voor het geval dat een of beide van de hiervoor genoemde risico’s zich

101. Deze zienswijze kan mijns inziens worden gebaseerd op HvJ EG 13 april 2010, zaak C-91/08 (Wall), Jurispr. 2010, p. I-02815, r.o. 39: ‘Een vervanging van een onderaannemer kan, zelfs indien de overeenkomst in deze mogelijkheid voorziet, in uitzonderlijke gevallen een dergelijke wijziging van een van de essentiële elementen van de concessieovereenkomst vormen wanneer de omstandigheid dat een beroep is gedaan op een bepaalde onderaannemer en niet op een andere, rekening houdend met de specifieke kenmerken van de betrokken dienst, een beslissend element is geweest bij de sluiting van de overeenkomst, wat hoe dan ook door de verwijzende rechter dient te worden onderzocht.’ In de uitspraak VZR. Den Haag 30 november 2010, LJN BO9592, r.o. 4.13 e.v., wordt dit criterium getoetst in het kader van het door de aanbesteder uit de overeenkomst ecarteren van de verplichting van de winnende inschrijver om een door de aanbesteder voorgeschreven onderaannemer in te schakelen.

102. Te denken valt aan art. 6:230 lid 2, art. 6:248 lid 2, art. 6:258 en art. 7:753 lid 1 BW. Ook dan is immers voldaan aan de randvoorwaarden genoemd in HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99P (Commissie/CAS Succhi di Frutta), Jurispr. 2004, p. I-3801, r.o. 118, in de zin dat ‘alle ondernemingen die belangstelling hebben om aan de aanbesteding deel te nemen er van meet af aan kennis van hebben en zich bijgevolg op voet van gelijkheid bevinden bij het opstellen van hun offerte’. Onjuist is mijns inziens het oordeel van de VZR. Rb. Alkmaar 24 april 2008, LJN BD0487, r.o. 2.3, luidende dat wanneer de wederpartij van de aanbesteder een beroep doet op onvoorziene omstandigheden en de rechter vervolgens tot wijziging van de overeenkomst overgaat, sprake zou zijn van een situatie die niet door het Europees aanbestedingsrecht wordt bestreken. Anderzijds kan natuurlijk wel de vraag worden gesteld of ook de hiervoor genoemde wettelijke bepalingen straks zullen moeten worden toegepast met inachtneming van de strikte vereisten van art. 72 lid 5 COM(2011) 896. Daarnaast kan men zich afvragen wat in de toekomst de status zal zijn van wijzigingen die worden geïnitieerd op basis van een contractuele dan wel wettelijke contractwijzigingsmogelijkheid, die op zichzelf voldoet aan de vereisten van lid 5, maar waarbij vervolgens niet wordt voldaan aan het 50%-criterium van art. 72 lid 6 sub c COM(2011) 896 dat hiervoor kort werd belicht.

103. Art. 72 lid 4 COM(2011) 896.

voor de totstandkoming van de overeenkomst in het kader van de aanbestedingsprocedure voordoen, is het concept van de ‘wezenlijke wijziging’ alleen relevant wanneer de contractwijziging de samenstelling van de kring van potentiële gegadigden of inschrijvers beïnvloedt. Een tijdens de aanbestedingsprocedure doorgevoerde wijziging, waarvan op zich al vaststaat dat deze het ‘level playing field’ verstoort binnen de kring van gegadigden of inschrijvers die daadwerkelijk aan de procedure deelnemen, is aanbestedingsrechtelijk problematisch ook zonder dat daarnaast nog komt vast te staan dat die wijziging tot een andere rangorde binnen die kring zal leiden dan de rangorde die zou zijn ontstaan wanneer de wijziging achterwege zou zijn gebleven.

Tijdens de aanbestedingsprocedure zal de aanbestedder zich moeten schikken in de beperkingen die de aanbestedingsregulering stelt aan zijn bevoegdheid tot wijziging van de beoogde overeenkomst. Dat moet hij natuurlijk ook doen nadat de aanbestede overeenkomst eenmaal tot stand is gekomen, zij het dat in (de afbakening van) de begripsomschrijving van het concept ‘wezenlijke wijziging’ – dat bij de integrale herziening van Richtlijn 2004/18/EG zal worden gecodificeerd – ruimte kan worden gevonden om ook na de totstandkoming die wijzigingen door te voeren waar in de praktijk vaak behoefte aan bestaat.<sup>104</sup> In dit verband kan met name worden gedacht aan ruimte die vooraf al kan worden gecreëerd door contractwijzigingsclausules op te nemen in de aanbestede overeenkomst. Een absolute grens die echter nimmer overschreden zal kunnen worden, ligt daar waar de aard van de door de winnende inschrijver te leveren prestaties als gevolg van de contractwijziging een geheel ander karakter krijgt. Als die grens wordt bereikt, zal de aanbestedder – net als in de andere gevallen waarin sprake is van een wezenlijke wijziging – de overeenkomst opnieuw moeten aanbesteden.

104. Volgens Hebly & Heijnsbroek 2012, p. 106 is die ruimte op dit moment echter onvoldoende groot.